BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ065588

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 839/2021, de 14 de junio de 2021
Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)
Rec. n.º 7902/2019

SUMARIO:

Comunicaciones electrónicas. Sanción en materia de consumo por no facilitar por escrito las condiciones generales de contratación expresamente solicitadas por el usuario. Obligación de atender la solicitud.

La **cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia** consiste en determinar si, tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas y, de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente.

Aun siendo notorio que hoy día se realizan múltiples contrataciones telefónicas o a distancia con remisión a páginas de internet para conocer las condiciones generales de contratación, también es cierto que existen usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas de diversas características. Si bien los usuarios conocidos como «nativos digitales», que han crecido con la red y el progreso tecnológico, están totalmente familiarizados con ella no acontece lo propio con los llamados «inmigrantes digitales», es decir, aquellos usuarios que han adquirido familiaridad con los sistemas digitales en su época adulta. Y puede haber usuarios carentes en absoluto de habilidad o de medios para acceder a las condiciones generales publicadas de manera telemática. Por tal razón, conforme a la previsión de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas respecto a la facilitación por escrito de las condiciones generales de contratación previa a su celebración, cuando es peticionada, **debe accederse a ello sin que altere la naturaleza del futuro contrato** la pre-contratación a distancia o telefónica, tal cual regula, con carácter general, el apartado sexto del artículo 98 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y, de no hacerlo, como aquí aconteció, puede la empresa de telecomunicaciones ser sancionada. Debe tenerse en consideración que cuando la norma dice **«por escrito» tanto comprende el tradicional formato papel enviado a domicilio, como los más novedosos whatsapp o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, SMS, o un correo electrónico.** De lo que se trata es de que si el usuario final demanda un texto escrito individualizado lo reciba.

A la vista de lo argumentando, la respuesta de la cuestión planteada **es que resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, que tanto puede ser en formato papel tradicional como sistemas de mensajería instantánea o correo electrónico, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente, aun tratándose de contrataciones telefónicas,** a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 149.1.21.
RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 71.2. 1ª, 97 y 98.1, 4 y 6.
Ley 9/2014 (General de Telecomunicaciones), art. 84.
RD 899/2009 (carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 2, 12.1 y 2 y disp. adic. segunda.

PONENTE:

Doña Celsa Pico Lorenzo.

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

Sentencia núm. 839/2021

Fecha de sentencia: 14/06/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7902/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/06/2021

Ponente: Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7902/2019

Ponente: Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Pilar Molina López

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Cuarta

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente
Dª. Celsa Pico Lorenzo
Dª. María del Pilar Teso Gamella
D. José Luis Requero Ibáñez
D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 14 de junio de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA-7902/2019, interpuesto por la Junta de Andalucía representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos contra la sentencia 795/2019, de fecha 22 de mayo de 2019, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo núm. 761/2016, promovido contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 5 de julio de 2016, por el que se resuelve el procedimiento sancionador y se

impone a Vodafone España SAU una sanción pecuniaria de 1.855.000 euros por la comisión de infracciones administrativas en materia de consumo.

Ha sido parte recurrida Vodafone España SAU, representada por el procurador de los Tribunales don Jesús Hebrero Cuevas.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Celsa Pico Lorenzo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el procedimiento contencioso-administrativo número 761/2016, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, dictó sentencia el 22 de mayo de 2019, cuyo fallo dice literalmente:

"Que debemos estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por VODAFONE ESPAÑA S.A.U. , representada por el Sr. Procurador D. JESÚS HEBRERO CUEVAS, contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, de fecha 5 de julio de 2016, por el que se resuelve el procedimiento sancionador número 21-000066-15-P, y se impone a Vodafone una sanción pecuniaria por importe de 1.855.000 euros por la comisión de determinadas infracciones administrativas en materia de consumo, que anulamos con el siguiente alcance:

1.- Se anula la citada resolución en lo relativo a las sanciones impuestas por incumplir las obligaciones derivadas de la garantía al fijarse en un año en el caso de los móviles outlet y por no atender los requerimientos efectuados por la Administración.
2.- Se impone una sanción de 200.000 euros paras las infracciones consistentes en realizar publicidad engañosa, no formalizar contratos con los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas en las modalidades de prepago, realizar prácticas tendentes a excluir o reducir la libertad del consumidor para contratar una prestación al exigirse una fianza para la solicitud de portabilidad y cobrar por la liberación de terminales.
3.- Se impone una sanción de 170.000 euros por la infracción consistente en introducir cláusulas abusivas en los contratos.
4.- Se impone una sanción por importe de 85.000 euros por la infracción consistente en la falta de información en la prestación del servicio.

Sin costas."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la Letrada de la Junta de Andalucía, recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, tuvo por preparado mediante Auto de 5 de noviembre de 2019 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 26 de noviembre de 2020, cuya parte dispositiva dice literalmente:

" Primero. - Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, de 22 de mayo de 2019, en el recurso contencioso administrativo 761/2016.

Segundo.

- Precisar que las cuestiones que revisten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las atinentes a:

Determinar si, tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto

899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente.

Tercero.

- Identificar como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 2 y 12.1 y 2 de la Carta derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo; el artículo 98.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex. artículo 90.4 de la LJCA.

Cuarto.

- Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

Quinto.

- Comunicar inmediatamente a la Sala de Instancia la decisión adoptada en este auto.

Sexto.

- Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Cuarta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto."

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 16 de diciembre de 2020, se concede a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la Letrada de la Junta de Andalucía, por escrito de fecha 21 de enero de 2021, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO: "dicte Sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la Sentencia de 22 de mayo de 2019, en el pronunciamiento y de conformidad con lo señalado por esta parte."

Quinto.

Por providencia de 10 de febrero de 2021, se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectúo la representación procesal de Vodafone España SAU en escrito de 24 de marzo de 2021, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas termina suplicando se dicte sentencia desestimatoria del recurso.

Sexto.

De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por providencia de 26 de abril de 2021, se señala este recurso para votación y fallo el día 8 de junio de 2021, fecha en que tuvo lugar el acto, y se designó Magistrada Ponente a la Excma. Sra. Dª. Celsa Pico Lorenzo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Planteamiento del recurso y sentencia de instancia.*

La Letrada de la Junta de Andalucía interpone recurso de casación 7902/2019 contra la sentencia estimatoria parcial de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 22 de mayo de 2019, en el recurso contencioso administrativo 761/2016 deducido por Vodafone España SAU contra el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 5 de julio de 2016 por el que se resuelve procedimiento sancionador y se impone a Vodafone España SAU una sanción pecuniaria de 1.855.000 euros por la comisión de infracciones administrativas en materia de consumo.

La sentencia (completa en Cendoj Roj: STSJ AND 13748/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:13748) en su punto 1 del fallo anula la resolución en cuanto a las sanciones impuestas por incumplir las obligaciones derivadas de la garantía al fijarse en un año en el caso de los móviles outlet y por no atender los requerimientos efectuados por la Administración; en el punto 2 confirma una sanción de 200.000 euros para las infracciones consistentes en realizar publicidad engañosa, no formalizar contratos con los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas en las modalidades de prepago, realizar prácticas tendentes a excluir o reducir la libertad del consumidor para contratar una prestación al exigirse una fianza para la solicitud de portabilidad y cobrar por la liberación de terminales; en el punto 3 confirma una sanción de 170.000 euros por la infracción consistente en introducir cláusulas abusivas en los contratos y en el 4 impone una sanción de 85.000 euros por la infracción consistente en la falta de información en la prestación del servicio.

La sentencia es recurrida por la Junta de Andalucía en lo que atañe a la anulación de la sanción por no facilitar por escrito las condiciones generales de contratación habiendo sido expresamente solicitadas por constituir la infracción del art. 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

En su fundamento DÉCIMOPRIMERO razona que del artículo 12.1, apartados primero y segundo, de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por RD 899/2009, de 22 de mayo, no se deriva aquella exigencia en los términos que contempla la Administración demandada para estos supuestos.

Segundo. *La cuestión de interés casacional ATS de 26 de noviembre de 2020 .*

Precisa que la cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es:

Determinar si, tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente.

Identifica como normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación los artículos 2 y 12.1 y 2 de la Carta derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo; el artículo 98.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

Tercero. *El recurso de La Letrada de la Junta de Andalucía*

Sostiene que se han infringido los artículos 2 y 12.1 y 2 del Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Defiende que, el artículo 12.1 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, bajo la rúbrica "Derecho a información veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada", regula en su apartado primero las obligaciones de información de los operadores de comunicaciones electrónicas previas a la contratación y, entre ellas, se incluye que dichos operadores facilitarán las condiciones generales de contratación por escrito, si así lo solicita un usuario final.

Señala que el establecimiento de dicha obligación se ubica en el segundo párrafo del apartado del precepto que se refiere a la obligación de información sobre las características del contrato que hay que facilitar al usuario en el momento anterior a la contratación (" Antes de contratar...").

Defiende que ese derecho del usuario final, y correlativa obligación para el operador de comunicaciones electrónicas, no contiene excepciones en la norma.

Adiciona que la norma pretende proteger a todo tipo de posibles usuarios finales, resultando muy amplio el espectro de población que puede ser usuaria de servicios de comunicaciones electrónicas, el cual se encuentra integrado por personas con distintas características y diferentes niveles de habilidad en el uso de las nuevas tecnologías.

Sostiene que aun encontrándose las condiciones generales publicadas en internet (como también exige el art. 12.1, segundo párrafo de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas) o informándose de las mismas por teléfono en el momento de la contratación, pueden existir usuarios que carezcan de medios o habilidad para acceder a tales condiciones publicadas de manera telemática o para comprender de manera adecuada las condiciones explicadas por teléfono, por ello, para garantizar también sus derechos, se contempla que puedan solicitar la remisión de las condiciones generales de contratación por escrito y han de serles entregadas antes de contratar, pues solo así se garantiza que pueda celebrar el contrato con pleno conocimiento de las condiciones que lo rigen.

Alega que también el artículo 98.1 y 4 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre, ampara su argumento. Sostiene que contiene una previsión general sobre el ofrecimiento de la información por un medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia empleada, ahora bien, ello debe complementarse con las previsiones más concretas del Real Decreto 899/2009, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Cuarto. *La oposición de Vodafone España S.A.U.*

Objeta que, aunque la Carta de derechos del usuario tenga carácter complementario respecto a la LGDCU, ésta resulta exclusivamente aplicable a los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, siendo una normativa específica de dicho sector. Así lo recoge la citada norma en su disposición adicional segunda al disponer: " Este real decreto se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.21 ª de la Constitución , que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones."

Alega que en virtud de lo previsto en el artículo 149.1.21 de la Constitución española, la competencia en materia de telecomunicaciones es exclusiva del Estado y, por lo tanto, y en virtud del artículo 84 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones ("Ley General de Telecomunicaciones"), la competencia sancionadora por infracción de su normativa corresponde exclusivamente a los órganos competentes de la Administración del Estado.

De lo anterior concluye que la Junta de Andalucía no tiene potestad para sancionar por la supuesta infracción de las disposiciones de la Carta de derechos del usuario.

Así, ni el artículo 97, ni el artículo 98 de la LGDCU, prevén la obligación de proporcionar, por escrito y con carácter previo, las condiciones generales de contratación en las contrataciones telefónicas.

Razona que tal y como reconoce la Junta de Andalucía en su escrito de interposición, la obligación de proporcionar las condiciones generales de contratación por escrito en las contrataciones telefónicas no se incluye en la LGDCU, ni en ninguna norma dictada al amparo de competencias generales de defensa de los consumidores y usuarios.

En cuanto a la posible inclusión de esta obligación en la Carta de los derechos del usuario, la interpretación que realiza la Administración de la Carta resulta improcedente e irrelevante puesto que la Junta de Andalucía carece de potestad para sancionar los supuestos incumplimientos de la normativa en materia de comunicaciones electrónicas.

Si fuera como dice la Junta de Andalucía, resultaría que el incumplimiento de la Carta de derechos del usuario puede ser sancionado al mismo tiempo por la Administración del Estado y por cualquier Comunidad Autónoma con competencia en materia de consumo, lo cual sería absurdo.

Cualquier interpretación que permita entender que la remisión del artículo 71.2. 1ª de la Ley de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía a otras leyes y reglamentos incluye las leyes y reglamentos de telecomunicaciones vulnera la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones.

Mantiene que aun cuando el argumento anterior no fuera aceptado, la realidad es que tampoco el artículo 12 del Carta de derechos del usuario exige a los operadores entregar la documentación de las condiciones generales de la contratación antes del contrato, a solicitud del consumidor.

Otra interpretación atentaría contra el artículo 8.1 de la Carta de derechos del usuario, que cuando describe el contenido mínimo de los contratos de telecomunicaciones con los consumidores, no incluye las condiciones generales de la contratación.

Quinto. *Los preceptos a tomar en consideración.*

El artículo 12.1 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, establece en su apartado 1 lo siguiente:

" 1. Antes de contratar, los operadores de comunicaciones electrónicas deben poner a disposición del usuario final de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información veraz, eficaz, suficiente y transparente sobre las características del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y de los servicios objeto del mismo.

Los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas publicarán sus condiciones generales de contratación en un lugar fácilmente accesible de su página de Internet. Asimismo, facilitarán dichas condiciones por escrito, si así lo solicita un usuario final, que no deberá afrontar gasto alguno por su recepción, e informarán sobre ellas en el teléfono de atención al público, que tendrá el coste máximo del precio ordinario del servicio de telecomunicaciones sin recargo."

El apartado 2 del mismo precepto, por su parte, dispone que:

"2. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público facilitarán, por los medios establecidos en el apartado anterior, la siguiente información:

a) Su nombre o razón social y el domicilio de su sede o establecimiento principal.
b) En relación con el servicio telefónico disponible al público que prestan:

1.º Descripción de los servicios ofrecidos, indicando todos los conceptos que se incluyen en la cuota de alta, en la cuota de abono y en otras cuotas de facturación periódica.
2.º Tarifas generales, que incluyan la cuota de acceso y todo tipo de cuota de utilización y mantenimiento, con inclusión de información detallada sobre reducciones y tarifas especiales y moduladas.
3.º Política de compensaciones y reembolsos, con detalles concretos de los mecanismos de indemnización y reembolso ofrecidos.
4.º Tipos de servicios de mantenimiento incluidos y otras opciones.
5.º Condiciones normales de contratación, incluido el plazo mínimo, en su caso".

El artículo 2 del mismo Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas, prevé que:

"Serán titulares de los derechos reconocidos en este real decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición.
Los derechos reconocidos en este real decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios".

El artículo 98.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, dispone que:

"En los contratos a distancia, el empresario facilitará al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o bien, en la lengua elegida para la contratación, y, al menos, en castellano, la información exigida en el artículo 97.1 o la pondrá a su disposición de forma acorde con las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, en términos claros y comprensibles y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar. Siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible".

El artículo 98.4 del mismo Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, establece que:

"Si el contrato se celebra a través de una técnica de comunicación a distancia en la que el espacio o el tiempo para facilitar la información son limitados, el empresario facilitará en ese soporte específico, antes de la celebración de dicho contrato, como mínimo la información precontractual sobre las características principales de los bienes o servicios, la identidad del empresario, el precio total, el derecho de desistimiento, la duración del contrato y, en el caso de contratos de duración indefinida, las condiciones de resolución, tal como se refiere en el artículo 97.1. a), b), e), i) y p). El empresario deberá facilitar al consumidor y usuario las demás informaciones que figuran en el artículo 97 de una manera apropiada con arreglo al apartado 1".

Y el art. 98.6 de la tantas veces citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dice:

"En aquellos casos en que sea el empresario el que se ponga en contacto telefónicamente con un consumidor y usuario para llevar a cabo la celebración de un contrato a distancia, deberá confirmar la oferta al consumidor y usuario por escrito, o salvo oposición del mismo, en cualquier soporte de naturaleza duradera. El consumidor y usuario sólo quedará vinculado una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms."

Sexto. *La argumentación de la parte recurrida sobre la incompetencia de la Junta de Andalucía para sancionar.*

Si bien la empresa recurrida se aquietó con las sanciones confirmadas en instancia invoca al oponerse al recurso de casación la falta de competencia de la Administración Autonómica para sancionar en el ámbito sometido a litigio en razón de lo dispuesto en la disposición adicional segunda del RD 899/2009, de 12 de mayo, que aprueba la Carta de los derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.

Debemos despejar tal argumentación de la recurrida rechazándola.

No solo no ha impugnado la sentencia, sino que tampoco fue opuesta esta razón al formular la demanda en instancia. Ante la Sala de Sevilla la empresa se limitó, antes de entrar en el fondo de cada una de las infracciones objeto de sanción, a pedir la nulidad por caducidad de la acción, por falta de motivación, por inexistencia de infracción, por infracción del principio de tipicidad y proporcionalidad, por nulidad de las disposiciones aplicadas para calificar las infracciones como muy graves. Se trata, pues, de una cuestión nueva, improcedente en casación.

Séptimo. *El marco legal expuesto en el fundamento sexto otorga cobertura a la Administración Autonómica para imponer la sanción cuestionada. La respuesta a la cuestión de interés casacional.*

A fin de dar una respuesta adecuada a la cuestión de interés casacional este Tribunal tiene que reconstruir la no precisamente clara sentencia de instancia. Así en su fundamento jurídico décimoprimero razona que de la Carta de los derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas y la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios no deriva la existencia de la infracción en los términos que contempla la Administración, por lo que viene a aceptar la argumentación de Vodafone sobre la falta de tipicidad de la conducta al entender que la contratación a distancia no exige facilitar al cliente/usuario la información por escrito si la pide. Pero posteriormente en el fallo parece mantener la infracción reduciendo la cuantía de la sanción al engarzarla con otra en que, por razón de la proporcionalidad, rebaja la cuantía de la multa.

El Preámbulo del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas insiste en la necesaria protección de los usuarios finales en los procesos de alta y en el catálogo de derechos del usuario.

Por ello aun siendo notorio que hoy día se realizan múltiples contrataciones telefónicas o a distancia con remisión a páginas de internet para conocer las condiciones generales de contratación también es cierto, como sostiene la Junta de Andalucía, que existen usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas de diversas características.

Si bien los usuarios conocidos como "nativos digitales", que han crecido con la red y el progreso tecnológico, están totalmente familiarizados con ella no acontece lo propio con los llamados "inmigrantes digitales", es decir aquellos usuarios que han adquirido familiaridad con los sistemas digitales en su época adulta. Y como esgrime la Junta de Andalucía puede haber usuarios carentes en absoluto de habilidad o de medios para acceder a las condiciones generales publicadas de manera telemática.

Por tal razón, conforme a la previsión de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas respecto a la facilitación por escrito de las condiciones generales de contratación previa a su celebración cuando es peticionada, debe accederse a ello sin que altere la naturaleza del futuro contrato la pre-contratación a distancia o telefónica, tal cual regula, con carácter general, el apartado sexto del artículo 98 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y, de no hacerlo, como aquí aconteció, puede la empresa de telecomunicaciones ser sancionada.

Debe tenerse en consideración que cuando la norma dice "por escrito" tanto comprende el tradicional formato papel enviado a domicilio, como los más novedosos whatsapp o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, SMS, o un correo electrónico. De lo que se trata es de que si el usuario final demanda un texto escrito individualizado lo reciba.

A la vista de lo argumentando, la respuesta de la cuestión planteada es que resulta necesario facilitar al usuario, con carácter previo y por escrito, que tanto puede ser en formato papel tradicional como sistemas de mensajería instantánea o correo electrónico, las condiciones generales de contratación, cuando las mismas hayan sido solicitadas expresamente, aun tratándose de contrataciones telefónicas, a la vista de lo establecido, de un lado, en el artículo 12 de la Carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas aprobada por Real Decreto 899/2009, de 12 de mayo, y de otro, de lo previsto en los artículos 97 y 98 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

Lo anterior conduce a la estimación del recurso de casación de la Junta de Andalucía anulando la sentencia de instancia en el pronunciamiento relativo a falta de tipicidad de la conducta consistente en no facilitar por escrito las condiciones generales de contratación, habiendo sido solicitadas expresamente, por lo que se confirma la tipicidad de dicha conducta declarada por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 5 de julio de 2016, que se declara conforme a Derecho por lo que, en consecuencia, se desestima el recurso contencioso administrativo en tal punto lo que conduce a la confirmación de la cuantía de la sanción originariamente impuesta por tal infracción.

Octavo,.- *Costas.*

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, no hacemos imposición de las del recurso contencioso-administrativo al mantener su estimación parcial.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 22 de mayo de 2019, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administración de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso contencioso administrativo 761/2016 deducido por Vodafone España SAU, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 5 de julio de 2016, en el punto relativo a la sanción por no facilitar por escrito las condiciones generales de contratación habiendo sido solicitadas expresamente declarando nula la sentencia en tal punto y confirmando el Acuerdo del Consejo de Gobierno en la cuantía de la infracción impuesta.

Segundo.

Se fija como doctrina la reseñada en el penúltimo fundamento de derecho.

Tercero.

En cuanto a las costas estése a los términos señalados en el último de los Fundamentos de Derecho.
Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.